

COMISIÓN 4, DERECHO DE DAÑOS: “FUNCIÓN PREVENTIVA Y SANCIONATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL”

Autores: Julián E. JALIL¹ y Eduardo MAGRI²

I.- Función preventiva de la responsabilidad civil. Los recaudos de la pretensión preventiva

I.A.- La acción preventiva se inserta dentro del llamado *proceso preventivo de daños*, por lo tanto podemos denominar a su materialización procesal como “pretensión preventiva”. No se trata únicamente de una “tutela preventiva”, pues ésta representa un género que, en realidad, contiene muchas especies que coadyuvan a dicho fin, por ejemplo el “mandato preventivo”, el “proceso preventivo”, la “tutela de remoción de ilícito”, la “pretensión meramente declarativa de certeza”, etc. Tampoco constituye exactamente una “tutela inhibitoria” que es la figura procesal italiana que fue —entre otras— fuente de nuestra moderna norma civil y comercial pero que, como su propio nombre lo indica, es —ahora— una especie más del género de las “tutelas procesales diferenciadas” que remiten —todas— al derecho y garantía constitucional y convencional de la “tutela judicial efectiva”.

Desde esta perspectiva el “proceso preventivo de daños” está imperfectamente regulado en las normas que se ocupan de sus “presupuestos” —art. 1711 CCYC—, la “legitimación” para requerir la prevención del menoscabo —art. 1712,— y el contenido de la “sentencia” así como algunas facultades genéricas de los jueces que intervienen —art. 1713. Una vez más el legislador nacional invadió con “exorbitancia” las competencias provinciales, o locales, para dictar las normas de procedimiento que juzgaran adecuadas para discernir o administrar la justicia en torno de aquél fin loable y constitucionalmente necesario de “tutelar preventivamente” la producción o agravamiento de daños (Conf. arts. 121/122, 75 inc. 12 y 5 de la Constitución Nacional)³

¹ Juez de Cámara. Prof. Adj. Reg. UNLP, Prof. Adj. UAI. Prof. Adj. UNPSJB.

² Apoderado Asuntos legales Congreso de la Nación. Prof. Adj. De la UNLZ. Prof. adj. Ciencias Económicas de Moreno.

³ Ver voto brillante del Juez VARGAS, en: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, 28/04/2016, Paoletti, Juan Carlos y otros c. Baravalle, Andrea Patricia y otros s/ medida autosatisfactiva ordinario, ED 267, 462, AR/JUR/17999/2016. Asimismo: Alferillo, Pascual E. su comentario al art. 1711 en

Los ***requisitos de procedencia*** de la acción preventiva son:

1. Los recaudos genéricos de las medidas cautelares.
2. Una acción u omisión antijurídica, por lo que el hecho generador debe ser ilícito,
3. La urgencia
4. El interés del peticionario.
5. La posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos y,
6. Una adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable, es decir, con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas.

I.B.- Los recaudos genéricos de las medidas cautelares.

Seguramente por el origen procesal ya mencionado, la doctrina y la jurisprudencia han asimilado la acción preventiva a las medidas cautelares incluso en cuanto a sus recaudos. Así se dijo que la improcedencia de esta acción preventiva, así como la de cualquier otra medida cautelar, por no cumplirse asimismo con los recaudos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora⁴.

I.C.- Una acción u omisión antijurídica, por lo que el hecho generador debe ser ilícito.

Para que proceda la acción preventiva prevista en el art. 1711 del CCiv.yCom. es necesaria la realización de una conducta u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño, su continuación o su agravamiento; sin que sea exigible la concurrencia de algún factor de atribución. (Conf. art. 1711 del CCYC).

Dicho precepto, con la clara impronta procesal ya referenciada, exige que para la procedencia de la pretensión preventiva, el sujeto legitimado activo acredite la existencia de la acción u omisión antijurídica que haga previsible la producción del daño que se procura evitar, interrumpir o no agravar. Es así que, en principio, no podría clasificarse como contraria a derecho (antijurídica) a la acción u omisión cuando no

Alterini, Jorge H.; Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, Tomo VIII. Ed. LA LEY, Buenos Aires 2015, , pág. 17..-

⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D,22/11/2016,C., M. del C. c. T.U.V. Rheinland Argentina S.A. y otros s/medidas precautorias,LA LEY 09/03/2017 , 10 LA LEY 2017-B , 14 RCyS 2017-VI, 123 RCCyC 2017 (julio) , 162 ,AR/JUR/86776/201.

acaeció el daño innecesario. Sin embargo, como se trata de una acción de prevención debe partirse de una premisa conjetural que forme, a priori, la convicción jurisdiccional de que es factible de conformidad con el curso de los hechos, un evento dañoso. La antijuridicidad, por lo tanto, está en incumplir con el deber de prevenir impuesto por la ley⁵.

En este sentido, se resolvió que la medida preventiva requerida por el locatario de un inmueble a fin de que el propietario y el fiduciario se abstengan de desconocer los términos del vínculo contractual que mantienen y, en particular, de ejercer la resolución contractual o cualquier pretensión tendiente al desalojo del bien no puede ser admitida, pues se trata de un largo conflicto contractual y que se enmarca en numerosas reuniones e intercambios epistolares que conducen a crear convicción de que no media acreditada, al menos de acuerdo al actual estadio procesal del expediente, una clara conducta antijurídica de las demandadas⁶.⁴

I.D.- La urgencia.

El proceso preventivo de daños es una especie de los procesos urgentes y, por tanto, en principio y como regla, no tolera el efecto suspensivo tradicional de la concesión o admisibilidad de los recursos ordinarios contra las resoluciones que en su curso se dicten⁷.⁵ El recaudo de la urgencia debe derivar, o bien de los propios hechos conculcados en el caso o bien de la prueba arrimada por el accionante.

I.E.- El interés del peticionario.

⁵ ALFERILLO, Pascual. En ALTERINI, Jorge H. —dir.—, Cód. Civil y Comercial Comentado, tomo VIII, arts. 1708 a 1881, Buenos Aires, 2015, págs. 17/18 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D,18/10/2016,Wal Mart Argentina S.R.L. c. Grainco S.A. y otro s/ medida precautoria,LA LEY 10/04/2017 , 5 con nota de Iván G. Di ChiazzaLA LEY 2017-B , 356 con nota de Iván G. Di ChiazzaRCyS 2017-VI , 70 ,AR/JUR/84705/2016)

⁶ En este caso, el locatario de un inmueble solicitó el dictado de una medida de prevención del daño, a fin de que el propietario y el fiduciario se abstuvieran de desconocer los términos del vínculo contractual que mantienen y, en particular, de ejercer la resolución contractual o cualquier pretensión tendiente al desalojo del bien que en virtud de aquella relación ocupa. El juez rechazó lo peticionado. La Cámara confirmó la resolución. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D,18/10/2016,Wal Mart Argentina S.R.L. c. Grainco S.A. y otro s/ medida precautoria,LA LEY 10/04/2017 , 5 con nota de Iván G. Di ChiazzaLA LEY 2017-B , 356 con nota de Iván G. Di ChiazzaRCyS 2017-VI , 70 ,AR/JUR/84705/2016.

⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I,28/04/2016,Paoletti, Juan Carlos y otros c. Baravalle, Andrea Patricia y otros s/ medida autosatisfactiva - ordinario,ED 267 , 462 ,AR/JUR/17999/2016

Si bien el Código requiere de un interés simple, es decir no se refiere al interés legítimo o interés jurídicamente tutelado que importa la existencia de un derecho subjetivo derivado del ordenamiento sustancial, no debemos olvidar que ese tipo de interés supone un recaudo negativo: que no sea contrario al ordenamiento jurídico o bien que no lesione el legítimo derecho de un tercero. Así se hay señalado que, toda vez que se intenta impedir un desalojo, mediante una acción preventiva de daño, -art. 1711 del Cód. Civil y Comercial-, esto resultaría un exceso respecto del propietario del bien, por cuanto tiene legítimo derecho a ello, máxime cuando tampoco es razonable que un magistrado se inmiscuya en las facultades de otro juez de analizar si procede o no el dictado de una orden de desalojo luego de trabada la *litis* en ese proceso^{8.6}.

I.F.- La posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos.

A diferencia de lo que ocurre con la acción precautoria en el plano ambiental, donde lo que debe acreditarse es el potencial riesgo, en materia de acción preventiva es necesario probar la posibilidad de causación del daño o su agravamiento, no basta con circunscribir el mero riesgo.

En este orden de ideas, la Sala D de la CNCiv. dispuso que el recurso de apelación interpuesto contra el rechazo de la acción de prevención del daño incoada contra una intimación de desalojo a una empresa que se dedica a la explotación de supermercados, debe ser rechazado, pues **para conjurar el potencial peligro, el peticionante debió traer mayores elementos probatorios**; no dijo si el nuevo dueño del bien aceptó la continuidad del contrato; no mencionó su accionar frente a la carta documento que lo intimó al desalojo; no menciona si abonaba los alquileres a los que estaba obligado; no es suficiente la mención de la posible pérdida de puestos de trabajo,

⁸ Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala III, 30/05/2017, Jumbo Retail Argentina S.A. c. Banco de la Nación Argentina - Ordinario s/ acción preventiva, LA LEY 21/07/2017, 6, AR/JUR/37037/2017. El caso era el siguiente, una sociedad anónima dedicada a la explotación de supermercados celebró un contrato de locación por un inmueble, por 10 años. La locadora quebró. El inmueble fue vendido en remate y el nuevo dueño, una entidad financiera, intimó a la locataria a desalojar el bien. Esta inició una demanda preventiva del daño en los términos del art. 1711 del Cód. Civil y Comercial para repeler el desalojo, que fue rechazada. Apelada la decisión, la Cámara desestimó el remedio procesal.

cuando era su deber como empleador evaluar el riesgo que asumía al contratar con una firma que se encontraba en crisis financiera⁹.

I.G.- Una adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable, es decir, con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas.

La conexión causal apunta al enlace material entre el hecho antecedente, *-acción u omisión-*, y el hecho consecuente, *-potencial daño-*, y supone establecer el ligamen existente entre ese acto y su potencial consecuencia. Se trata entonces de un elemento autónomo del supuesto de hecho que genera la viabilidad de la pretensión preventiva que está llamado a aprehender jurídicamente, valga la redundancia-, el encadenamiento que existe entre una situación antecedente (acción u omisión), y su resultado: el potencial daño¹⁰.

I.H.- Conclusiones.-

En base a lo expuesto, consideramos de *lege frenda* que los recaudos necesarios para la procedencia de la pretensión preventiva son: los recaudos genéricos de las medidas cautelares, una acción u omisión antijurídica, por lo que el hecho generador debe ser ilícito, la urgencia, el interés del peticionario, la posibilidad concreta

⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 22/11/2016, C., M. del C. c. T.U.V. Rheinland Argentina S.A. y otros s/medidas precautorias, LA LEY 09/03/2017, 10 LA LEY 2017-B, 14 RCyS 2017-VI, 123 RCCyC 2017 (julio), 162, AR/JUR/86776/2016. Una persona solicitó cautelarmente la cobertura de gastos derivada de la cirugía a la que se sometería para reemplazar la prótesis mamaria PIP por otra de acreditada calidad, con fundamento en el art. 1710 del Código Civil y Comercial. Tanto en primera como en segunda instancias se rechazó la pretensión. La pretensión destinada a exigir la cobertura de gastos derivada de la cirugía para reemplazar una prótesis mamaria PIP por otra de acreditada calidad con fundamento en el art. 1710 del Código Civil y Comercial debe rechazarse, en tanto la peticionante no acompañó ninguna prueba en orden a acreditar la función preventiva de la medida, ni las eventuales consecuencias de la no realización de la intervención quirúrgica a la que sería sometida, máxime cuando tampoco acreditó los recaudos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora para la procedencia de cualquier otra medida cautelar.

¹⁰ JALIL, Julián Emil. "La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial", LA LEY 11/12/2015, 6, LA LEY 2015-F, 454, AR/DOC/3494/2015. GOLDEMBERG, Isidoro, La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil, La Ley, Buenos Aires, 2000, 2da ed., ampl. y con actualización Jurisprudencial, pág.39/40. SAMMARTINO, Patricio M. E., "La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado", en AA.VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, RAP, Buenos Aires, 2008, p. 437. PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones, Tomo 3, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 94 y ss.

de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos y una adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable, es decir, con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas.

De *lege lata* requerimos la inmediata y necesaria reglamentación instrumental en cada provincia de la pretensión preventiva.